



## SKÝRSLA FRAMSÖGUMANNSS í máli E-6/16

BEIÐNI samkvæmt 34. gr. sammingsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, frá Héraðsdómi Reykjavíkur, í máli

### **Fjarskipta hf.**

gegn

### **Póst- og fjarskiptastofnun**

varðandi skýringu á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun).

### **I Inngangur**

1. Með bréfi dagsettu 12. maí 2016, sem skráð var í málaskrá dómstólsins sem mál E-6/16 hinn 18. maí sama ár, óskaði Héraðsdómur Reykjavíkur ráðgefandi álits í máli sem rekið er fyrir dómstólnum milli Fjarskipta hf. (stefnandi) og Póst- og fjarskiptastofnunar (stefndi).

2. Stefnandi er íslenskt fjarskiptafyrirtæki sem býður fjarskiptaþjónustu undir vörumerkinu Vodafone. Stefndi er opinber stofnun sem falið hefur verið eftirlit með fjarskiptum á Íslandi. Málið sem rekið er fyrir landsdómstólnum varðar ágreining um hvort það falli innan valdsviðs stefnda að hafa eftirlit með þeirri þjónustu er veitt var á vefsvæði stefnanda, vodafone.is. Svo skera megi úr um þetta atriði hefur Héraðsdómur Reykjavíkur leitað ráðgefandi álits á því hvernig skýra beri hugtökin „rafrænt fjarskiptanet“, „rafræn fjarskiptaþjónusta“ og „almennt fjarskiptanet“, sem skilgreind eru í a-, c- og d-lið 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun) (Stjttíð. ESB 2002 L 108, bls. 33 og EES-viðbætur 2006, nr. 30, bls. 256) (tilskipunin).

## II Löggjöf

### EES-réttur

3. Samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 11/2004 frá 6. febrúar 2004 (Stjtið. ESB 2004 L 116, bls. 60 og EES-viðbætir 2004, nr. 20, bls. 14) sem tók gildi 1. nóvember 2004 var tilskipunin felld inn í EES-samninginn undir lið 5cl í viðauka XI (fjarskiptaþjónusta).

4. Í a-, c- og d-lið 2. gr. tilskipunarinnar segir:

*(a) „rafrænt fjarskiptanet“: sendikerfi og, ef við á, skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. gervitunglanet, föst net (línu- eða pakkaskipt, þ.m.t. Netið) og farnet á jörðu niðri, rafdreifikerfi, að því marki sem þessi kerfi eru notuð til að senda merki, net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarpsnet án tillits til þeirra upplýsinga sem sendar eru;*

...

*(c) „rafræn fjarskiptaþjónusta“: þjónusta sem að jafnaði er veitt gegn þóknun og felst að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki á rafrænum fjarskiptanetum, þ.m.t. fjarskiptaþjónusta og sendiþjónusta á netum sem notuð eru til að útvarpa, en undanskilin er þjónusta þar sem efni, sem sent er með rafrænum fjarskiptanetum eða -þjónustu, er boðið fram eða því ritstýrt. Hún nær ekki yfir þjónustu í upplýsingasamfélaginu, sem skilgreind er í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB, sem felst ekki að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki um rafræn fjarskiptanet;*

*(d) „almennt fjarskiptanet“: rafrænt fjarskiptanet sem notað er að öllu eða mestu leyti til að veita rafræna fjarskipta-þjónustu sem er öllum aðgengileg;*

5. Með tilskipun 2009/140/EB<sup>1</sup> var a- og d- liðum 2. gr. tilskipunarinnar breytt, en sú tilskipun hefur enn ekki verið tekin upp í EES-samninginn.

### Landsréttur

6. Í 2. mgr. 2. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti (fjarskiptalög) frá 26. mars 2003 er stefnda falin umsjón með fjarskiptum innan lögsögu íslenska ríkisins og eftirlit með framkvæmd laganna.

---

<sup>1</sup> Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2009/140/EB frá 25. nóvember 2009 um breytingu á tilskipunum 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun), 2002/19/EB um aðgang að rafrænum fjarskiptanetum og samtengingu þeirra og tilheyrandi aðstöðu (tilskipun um aðgang) og 2002/20/EB um heimild fyrir rafrænum fjarskiptanetum og -þjónustu (heimildartilskipun) (Stjtið. ESB 2009 L 337, bls. 37).

7. Í 3. gr. fjarskiptalaga segir:

*Merking orða í lögum þessum er sem hér segir:*

...

*5. Almenn fjarskiptanet: Fjarskiptanet sem er notað að öllu eða mestu leyti til að bjóða almenna fjarskiptaþjónustu.*

...

*13. Fjarskiptanet: Sendikerfi og þar sem það á við skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum, rafdreifikerfi, háspennulínnum eða með öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarp.*

...

*15. Fjarskiptaþjónusta: Þjónusta sem að nokkru eða öllu leyti felst í því að beina merkjum um fjarskiptanet, þ.m.t. tölvupóstþjónusta og netaðgangur.*

...

### **III Málavextir og meðferð málsins**

8. Stefnandi rekur vefsvæðið vodafone.is og kynnir þar þjónustuframboð sitt, vörur til sölu og býður viðskiptavinum sínum aðgang að sérstakri þjónustu sem nefnist „Mínar síður“ og hefur verið í boði síðan 2004. Meðal þjónustu sem í boði er á „Mínar síður“ er svokallað VEF-SMS, það er sending smáskilaboða frá símanúmeri sendanda í annað símanúmer.

9. Frá árinu 2008 hefur undir liðnum „Mínar síður“ verið hægt að senda einum eða fleiri móttakendum skilaboð, vista móttakendur í nafnaskrá og tengja þá saman í hópa. Frá árinu 2010 gátu áskrifendur einnig vistað þar skeytasögu sína.

10. Samhliða þjónustunni „Mínar síður“, sem er einungis aðgengileg áskrifendum, hefur stefnandi boðið upp á þjónustu sem nefnist „FRÍ SMS“. Sú þjónusta gerði almenningi kleift að fara á vefsíðu stefnanda, skrá inn símanúmer móttakanda, skrifa smáskilaboð og senda þau. Ekki var hægt að vista þessi smáskilaboð í safn með sögu skilaboðanna. Stefnandi hætti að bjóða upp á „FRÍ SMS“ árið 2012.

11. Brotist var inn á vefsvæði stefnanda hinn 30. nóvember 2013. Upplýsingum þúsunda notenda „Mínar síður“, var stolið og þær birtar á internetinu, þar á meðal efni smáskilaboða, notendanöfn og lykilorð.

12. Þegar innbrotið átti sér stað var vefkerfi stefnanda þannig uppsett að hver áskrifandi gat skráð sig inn á vefþjóninn „Mínar síður“, á vefsvæði stefnanda, með

netvafra á eigin endabúnaði, þ.e. tölvu eða snjalltæki. Áskrifandinn auðkenndi sig með símanúmeri og lykilorði til að fá aðgang að sínu svæði á „Mínar síður“. Því næst valdi viðkomandi símanúmer móttakanda og skrifaði smáskilaboð. Um leið og áskrifandi valdi að senda smáskilaboðin miðlaði vefþjónninn merkjunum yfir í „PHP script“ hugbúnað sem er einnig á vefvæði stefnanda. „PHP script“ hugbúnaðurinn vann svo með merkin frá skilaboðasendingunni og áframsendi til MySQL-gagnagrunns á vefsvæðinu til vistunar, nema áskrifandinn hefði valið að vista ekki skilaboðin í skeytasögu sinni, og áfram í SMS-miðlara í farsímakerfi (SMSC) stefnanda sem síðan miðlaði þeim áfram um farsímanetið í símanúmer móttakanda.

13. Hinn 23. desember skrifaði stefndi bréf þar sem hann óskaði upplýsinga frá stefnanda um innbrotið. Stefndandi svaraði bréfleiddis, hinn 23. janúar 2014. Við svör sín setti stefndandi þann fyrirvara að hann teldi gildissvið fjarskiptalaga, og þar með valdsvið stefnda, ekki ná yfir vefsvæði stefnanda.

14. Með ákvörðun 24. mars 2014 komst stefndi að þeirri niðurstöðu (a) að það sendikerfi sem flutti merki af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda teldist fjarskiptanet í skilningi 13. töluliðar 3. gr. fjarskiptalaga, (b) að sú þjónusta sem veitt var á vefsvæði stefnanda og fól í sér sendingu smáskilaboða af internetinu yfir í farsíma teldist fjarskiptaþjónusta í skilningi 15. töluliðar 3. gr. sömu laga, og (c) að sá hluti fjarskiptanets sem miðlaði merkjum af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda og veitti viðskiptavinum stefnanda sem tengdust „Mínar síður“ með símanúmeri sínu aðgang að þjónustunni, teldist hluti af almennu fjarskiptaneti stefnanda í skilningi 5. töluliðar 3. gr. laganna. Vefsvæði stefnanda og sú þjónusta sem þar var í boði voru því talin falla undir gildissvið fjarskiptalaga og valdsvið stefnda. Ákvörðunin tók ekki til geymslu og skráningu gagnanna á vefsvæði stefnanda, þar sem taka átti þau atriði til nánari skoðunar í yfirstandandi rannsókn stefnda.

15. Stefndandi kærði ákvörðun stefnda til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Hinn 11. október 2014 staðfesti úrskurðarnefndin ákvörðunina.

16. Fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur leitar stefndandi ógildingar á ákvörðun stefnanda og úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Ógildingarkrafan byggir á því að stefndi og úrskurðarnefndin hafi skýrt hugtökin „rafrænt fjarskiptanet“, „rafræn fjarskiptaþjónusta“ og „almennt fjarskiptanet“ með röngum hætti. Að mati stefnanda eigi ekkert framangreindra hugtaka við um vefsvæði hans, sem leiði til þess að það falli utan valdsviðs stefnda.

17. Hinn 18. maí 2016 barst EFTA-dómstólnum beiðni um ráðgefandi álit frá Héraðsdómi Reykjavíkur.

#### IV Spurningar

18. Eftirfarandi spurningum var beint til dómstólsins:

1. Verður a-liður 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/21/EB frá 7. mars 2002, um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun), túlkaður þannig að hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ nái yfir miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda sem tengist vefmiðlara „Mínum síðum“ á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis í gegnum vefskoðara, yfir almenna internetið og inn í hugbúnaðinn PHP-„scriptur“ á sama vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og miðlar áfram af vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins yfir í SMS-miðlara (SMSC) í fjarskiptakerfi þess sem síðan miðlar þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers?
2. Verði spurningu nr. 1 svarað jákvætt, er spurt hvort c-liður 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB verði túlkaður þannig að hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nái yfir þjónustu sem felst í þeim flutningi merkja sem á sér stað á fjarskiptaneti, eins og lýst er í spurningu nr. 1, þegar i) gjald er innheimt fyrir slíka þjónustu og ii) þegar gjald er ekki innheimt fyrir slíka þjónustu.
3. Verði spurningu nr. 2 svarað jákvætt, er spurt hvort d-liður 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB verði túlkaður þannig að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ nái yfir þá rafrænu fjarskiptaþjónustu, sem lýst er í spurningu nr. 2, og veitt er á rafrænu fjarskiptaneti, eins og lýst er í spurningu nr. 1, og hvort sem hún er i) opin almenningi, eða ii) eingöngu öllum áskrifendum fjarskiptafyrirtækis.

#### V Skrifleg málsmeðferð fyrir dómstólnum

19. Í samræmi við 20. gr. stofnsamþykktar EFTA-dómstólsins og 97. gr. málsmeðferðarreglna hans hafa skriflegar greinargerðir borist frá eftirtöldum aðilum:

— Stefnanda, í fyrirsvari er Reimar Pétursson, hrl.

— Stefnda, í fyrirsvari er Ragnar Tómas Árnason, hrl.

— ESA, í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Carsten Zatschler, Maria Moustakali og Clémence Perrin, lögfræðingar á lögfræði- og framkvæmdasviði.

- Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins (framkvæmdastjórnin), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Gerald Braun, lögfræðilegur ráðgjafi, og Luminița Nicolae frá lagaskrifstofu framkvæmdastjórnarinnar.

## VI Samantekt málsástæðna og tillögur að svörum

### *Stefnandi*

20. Stefnandi heldur því fram að hugtökin „rafrænt fjarskiptanet“, „rafræn fjarskiptaþjónusta“ og „almennt fjarskiptanet“ nái ekki yfir þjónustu hans „Mínar síður“. Stefnandi leggur því til að dómstóllinn svari öllum spurningunum neitandi.

### Hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“

21. Að mati stefnanda krefst efnisskipan og lagarammi tilskipunarinnar þess að varfærni sé beitt við skýringu á hugtökum hennar. Skilgreiningarnar séu kjarninn í regluramma um sendinet og –þjónustu. Túlkun þeirra geti því haft ófyrirséð áhrif á ýmis réttindi og skyldur sem fjallað er um í tilskipuninni og öðrum tilskipunum innan regluverksins á þessu sviði Beita verði almennri eða þröngri lögskýringu, þar sem rýmkandi skýring sé til þess fallin að leggja óréttlátar byrðar á fjarskiptafyrirtæki og takmarka efnahagslegt frelsi þeirra.

22. Stefnandi telur að hin umdeilda þjónusta geti ekki talist sendikerfi, skiptistöð eða annars konar úrræði sem gerir mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum, eins og gert sé ráð fyrir samkvæmt skilgreiningu á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“.

23. Stefnandi bendir á að hver sem er geti sett upp hugbúnað á vefsíðu sinni og boðið upp á svipaða þjónustu. Slíkt sé oft gert, til dæmis af bönkum, miðasöluþjónustum og flugfélögum. Ef fallist yrði á skýringar stefnda yrðu allir slíkir aðilar taldir starfrækja rafrænt fjarskiptanet. Að mati stefnanda væri sú skýring vís til að flækja regluvörslu allra slíkra stofnana og fela aðilum sem sinna fjarskiptaeftirliti í hverju landi eftirlit með málefnum þeirra. Ekkert bendi til þess að það hafi verið markmið tilskipunarinnar.

### Hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“

24. Stefnandi tiltekur þrjár ástæður fyrir því að hin umdeilda þjónusta falli ekki undir hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“. Í fyrsta lagi nái tilskipunin aðeins yfir þjónustu sem miðli merkjasendingum á rafrænum fjarskiptanetum. Ekki sé nægilegt að merkinu sé miðlað frá vefsíðu til fjarskiptanetsins. Stefnandi telur að þar sem hin umdeilda þjónusta sé ekki hluti af hinu rafræna fjarskiptaneti, feli miðlun merkis til þess ekki í sér að um rafræna fjarskiptaþjónustu sé að ræða.

25. Í öðru lagi sé þjónusta þar sem miðluðu efni er ritstýrt undanskilin skilgreiningu tilskipunarinnar á hugtakinu „rafræn fjarskiptaþjónusta“. Stefnandi heldur því fram að hin umdeilda þjónusta láti notendum eftir ritstjórnarvald við

sendingu og vistun skilaboða, með sama hætti og notendur hafi „ritstjórnarvald“ yfir skilaboðum á eigin símtækjum.

26. Í þriðja lagi, taki skilgreiningin á rafrænni fjarskiptaþjónustu ekki til þjónustu í upplýsingasamfélaginu eins og hún sé skilgreind í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB,<sup>2</sup> það er að segja þeirrar fjarskiptaþjónustu sem að jafnaði sé veitt rafrænt gegn þóknun og samkvæmt beiðni þeirra einstaklinga sem fá þjónustuna. Tilvísun skilgreiningarinnar til þjónustu sem veitt sé rafrænt sýni að ekki verði öll slík þjónusta talin rafræn fjarskiptaþjónusta að órannsökuðu máli. Þjónusta sem veitt sé með rafrænum hætti, eins og þegar unnið sé með gögn og þau vistuð skorti einfaldlega einkenni rafrænnar fjarskiptaþjónustu.

27. Stefnandi vísar til V. viðauka tilskipunar 98/34/EB, þar sem segi að talsímaþjónusta og bréfsíma- eða fjarritþjónusta falli ekki undir þjónustu sem veitt sé með rafrænu vinnsluferfi. Gögn sem miðlað sé í símtali teljist því ekki unnin eða geymd á rafrænu fjarskiptaneti. Það sé einnig í samræmi við 10. lið formálsorða tilskipunarinnar þar sem tekið er fram að tilskipunin taki ekki til framboðs efnis á vefgrunni.

28. Stefnandi telur að notendur hafi á „Mínar síður“ haft nokkra stjórn á efninu sem sent var og vistað og hann telur hina umdeildu þjónustu varða vinnslu og vistun gagna. Því sé um þjónustu í upplýsingasamfélaginu að ræða. Slík þjónusta falli aðeins undir gildissvið tilskipunarinnar ef hún felst að öllu leyti, eða að meginstefnu, í miðlun merkja á rafrænum fjarskiptanetum. Sú sé ekki raunin í fyrirbyggjandi máli.

Hugtakið „almennt fjarskiptanet“

29. Stefnandi telur að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ eigi ekki við um þjónustuna, þar sem hún sé hvorki rafræn fjarskiptaþjónusta, né veitt á rafrænu fjarskiptaneti. Jafnframt megi draga í efa hvort þjónustan hafi verið aðgengileg almenningi, þar sem hún hafi aðeins verið í boði fyrir viðskiptavinum stefnanda.

*Stefndi*

Hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“

30. Stefnandi heldur því fram að skilgreiningunni á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ sé ætlað að ná yfir hvers konar miðlun merkja innan sendikerfis. Því beri að skýra hana rúmt og taka mið af skýru orðalagi hennar. Markmið ákvæðisins og tilskipunarinnar í heild styðji einnig þá lögskýringaraðferð. Stefnandi vísar til 5. liðar formálsorða tilskipunarinnar, sem leggi áherslu á að tryggt sé að einn reglurámi fjalli um öll fjarskipti óháð aðferð. Hann vísar einnig til annars undirmálsliðar 1. mgr. 8. gr. og b-liðar 4. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar sem leggi þá

---

<sup>2</sup> Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 98/34/EB frá 22. júní 1998 sem setur reglur um tilhögun upplýsingaskipta vegna tæknilegra staðla og reglugerða (Stjtíð. ESB 1998 L 204, bls. 37 og EES-viðbætur 2001, nr. 3, bls. 87 (íslenska) og bls. 189 (norska)).

skyldu á stjórnvöld aðildarríkjanna að þau gæti að tæknilegu hlutleysi milli mismunandi miðla og tryggi neytendum víðtæka vernd. Einnig beri að taka mið af vernd persónuupplýsinga, eins og fram komi í 20. og 24. lið formálsorða tilskipunar 2002/58/EB.<sup>3</sup> Loks vísar stefndi til meginreglunnar um virkni EES-réttar, eins og hún birtist í 3. gr. EES-samningsins.

31. Stefndi telur að ekki beri að skýra tilskipunina með svo þröngum hætti að hún verði aðeins látin gilda um þá rafrænu fjarskiptaþjónustu sem þekkt var við setningu hennar, svo sem hefðbundna sendingu smáskilaboða milli tveggja farsíma. Þvert á móti geri hið víðtæka orðalag ákvæðisins ráð fyrir að taka megi tillit til stöðugrar tækniþróunar á þessu sviði. Það haldist í hendur við markmið um neytendavernd og tæknilegt hlutleysi.

32. Sending skilaboða í gegnum „PHP script“ á vefsvæði stefnanda til SMS-miðlara á sér stað á rafrænu fjarskiptaneti hans og sendikerfið sem miðlar merkinu í gegnum og frá vefsvæðinu er hluti af því neti, að mati stefnda. Þegar notandi sendir skilaboð gegnum „Mínar síður“ teljist móttaka þeirra merkja í „PHP script“ á vefsvæði stefnanda og úrvinnsla þeirra þar miðlun merkja. Hugbúnaðurinn, eins og honum er lýst, sé nauðsynlegur til að merkjunum verði miðlað, því án hans bærust skilaboð sem send væru af „Mínar síður“ aldrei til móttakanda. Stefndi heldur því enn fremur fram að hinu umdeilda vefkerfi og hugbúnaði þess megi að fullu jafna til þeirrar þjónustu sem veitt sé þegar smáskilaboð séu send milli farsíma. Í ljósi þessa verði sendikerfið að teljast rafrænt fjarskiptanet.

33. Að mati stefnda er grundvallarmunur á því þegar rafrænt fjarskiptafyrirtæki gefur viðskiptavinum sínum tækifæri á að senda smáskilaboð í gegnum lokað vefsvæði til farsíma og því þegar annað fyrirtæki veitir þjónustu á sínu vefsvæði sem felur í sér sendingu smáskilaboða með sérstöku efni, svo sem kvittunum, miðum eða brottfararspjöldum. Stefndi tekur sem dæmi að í tilvikum þar sem skilaboð eru send frá netbönkumsé það í raun bankinn sem er viðskiptavinur rafræna fjarskiptafyrirtækisins og tekur endanlega ákvörðun um efni skilaboðanna. Hvað varðar hin mörgu skilaboðakerfi sem bjóðast með notkun smáforrita á netinu, svo sem Facebook Messenger, Skype, Whatsapp og Viber (einnig þekkt sem „over-the-top-þjónusta“ eða OTT), telur stefndi að notkun slíkra smáforrita eigi sér einungis stað á internetinu og sé því óháð símanúmeri og rafrænni fjarskiptaþjónustu hins rafræna fjarskiptafyrirtækis.

Hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“

34. Stefndi telur að þar sem sendikerfið, eins og því var lýst að framan, verði að öllu leyti að teljast hluti af rafrænu fjarskiptaneti stefnanda miðli þjónustan sem um ræðir í málinu óhjákvæmilega merkjum í gegnum rafrænt fjarskiptanet og sé þar af leiðandi rafræn fjarskiptaþjónusta.

---

<sup>3</sup> Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/58/EB frá 12. júlí 2002 um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta (tilskipun um friðhelgi einkalífsins og rafræn fjarskipti) (Stjtið. ESB 2002 L 201, bls. 37, og EES-viðbætur 2005, nr. 27, bls. 147 (íslenska) og bls. 235 (norska)).



35. Hvað varðar mikilvægi þess hvort gjald sé innheimt vegna þjónustunnar, bendir stefndi á að algennt sé á rafrænum fjarskiptamarkaði, að viðskiptavinir greiði mánaðargjald sem veiti þeim ótakmarkaðan fjölda símtala og smáskilaboða. Það geti því ekki skipt sköpum hvort gjald sé tekið vegna hvers einstaks hluta þjónustunnar sem veitt sé. Ef svo væri féllu jafnvel hefðbundin smáskilaboð og símtöl utan gildissviðs tilskipunarinnar. Slíkt myndi grafa undan skilvirkni tilskipunarinnar og væri í mótsögn við markmið hennar og heildarregluverks EES-samningsins á sviði fjarskipta með tilliti til neytenda- og persónuupplýsingaverndar.

Hugtakið „almennt fjarskiptanet“

36. Stefndi bendir á að þjónustan sem veitt var hafi verið öllum almenningi aðgengileg, í þeim skilningi að allir sem kusu að vera í viðskiptum við stefnanda um rafræna fjarskiptaþjónustu gátu nýtt sér hana. Sendikerfið sem um ræði sé því almennt fjarskiptanet þótt það hafi aðeins staðið áskrifendum stefnanda til boða.

ESA

37. ESA bendir í upphafi á að yfir standi ítarlegar viðræður um hvort og þá hvernig laga megi gildandi regluverk að tækniþróun. Í þeim viðræðum sé það einkum til skoðunar hvort réttlæta megi þann mun sem sé á reglum sem gilda um nýjar OTT-þjónustur og þeim sem gilda um hefðbundnar rafrænar fjarskiptaþjónustur.<sup>4</sup> Að því gættu hvetur ESA dómstólinn til sérstakrar varfærni og til þess að teygja sig ekki óþarflega langt út fyrir þröngar skorður spurninganna sem til hans var beint, til að hafa ekki áhrif á yfirstandandi umræður um stefnumörkun. ESA bendir jafnframt á að upplýsingar þær sem koma fram í beiðni héraðsdóms virðist ekki leggja grunninn að nánari skoðun á regluverkinu.

Hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“

38. ESA bendir á að skilgreiningin á rafrænu fjarskiptaneti vísi til sendikerfis og, ef við á, annarra tækja og úrræða sem gera mögulegt að miðla merkjum. Rafrænt fjarskiptanet nái því til ápreifanlegs og/eða röklegs nets og allra annarra hluta sem nauðsynlegir eru til að senda merki. Því verði að meta hvort miðlun merkja frá endabúnaði sendanda, sem tengdur var við vefsvæði stefnanda, til farsíma endanlegs notanda sé nauðsynlegt skilyrði sendingar merkja.

---

<sup>4</sup> Vísað er til skýrslu framkvæmdastjórnarinnar um samráð við almenning vegna endurskoðunar reglurammans sem gildir um rafræn fjarskiptanet og -þjónustur sem birt var 11. september 2015 (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-evaluation-and-review-regulatory-framework-electronic-communications>), skýrslu um OTT-þjónustur sem evrópskur hópur eftirlitsaðila á sviði rafrænna fjarskipta (BEREC) lét gera (BoR (16) 35) ([http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services)), og ákvörðunar belgísku póst- og fjarskiptastofnunarinnar frá 30. maí 2016 þar sem lögð var stjórnvaldssekt á Skype Communications SARL fyrir að hafa látið undir höfuð leggjast að skrá sig sem veitanda rafrænnar fjarskiptaþjónustu vegna SkypeOut-þjónustu þess (<http://www.bipt.be/en/consumers/press-release/123-skype-fined-by-bipt-regarding-the-skypeout-telecom-service>).

39. ESA telur að net sem heimilar sendingu smáskilaboða frá búnaði sendanda í farsíma móttakanda, í gegnum vefsvæði stefnanda verði að teljast rafrænt fjarskiptanet. Það eigi við um farsímanet stefnanda og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum. Færslan frá vefþjóninum „Mínar síður“ með notkun „PHP script“ hugbúnaðar til SMS-miðlara sé hluti af því neti þar sem sending slíkra merkja sé nauðsynlegt skilyrði sendingar smáskilaboða.

Hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“

40. ESA heldur því fram að í hugtakinu „rafræn fjarskiptaþjónusta“ felist þrjú grundvallar atriði, þ.e. að (i) þjónustan sé veitt gegn þóknun, (ii) þjónustan felist að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja, og (iii) undanskilin sé þjónusta þar sem efni er boðið fram eða því ritstýrt.

41. Hvað varðar skilyrðið um að þjónustan sé að jafnaði veitt gegn þóknun bendir ESA á að hugtakið endurgjald taki til hvers konar ávinnings sem hlýst af veitingu þjónustunnar.<sup>5</sup> Ekki sé nauðsynlegt að þjónustan sé greidd af þeim sem hún var veitt.<sup>6</sup> Endurgjaldið fyrir rafræna fjarskiptaþjónustu geti því verið innt af hendi beint, frá þeim sem þjónustan var veitt, eða óbeint, í gegnum auglýsingar eða aðrar fjármögnunarleiðir.<sup>7</sup> Í fyrirbyggjandi máli virðist vera hafið yfir allan vafa að greitt hafi verið fyrir smáskilaboðaþjónustuna „Mínar síður“ þar sem hún var einungis aðgengileg áskrifendum stefnanda.

42. Að því er varðar skilyrðið um að þjónustan felist að öllu eða að mestu leyti í miðlun merkja, telur ESA að þegar um rafræna fjarskiptaþjónustu sé að ræða teljist merki miðlun upplýsinga eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum, líkt og raunin sé í fyrirbyggjandi máli, þar sem miðlunin á sér stað milli tækis sendanda, sem tengist „Mínar síður“, og farsíma móttakanda. ESA bendir á að gagnvart endanlegum notanda beri stefnandi ábyrgð á sendingu merkisins og því að tryggt sé að smáskilaboðin sendist með réttum hætti. Stefnandi hafi því stjórn á miðlun merkja, sem sé lykilatriðið við mat á þessum þætti.<sup>8</sup> Sú staðreynd, að stefnandi eigi einnig hið rafræna fjarskiptanet sem þjónustan sé veitt á, styðji þá niðurstöðu, þótt ekki sé nauðsynlegt skilyrði fyrir veitingu rafrænnar fjarskiptaþjónustu, að viðkomandi aðili eigi netið.

43. Loks, að því er varðar eðli þeirrar þjónustu sem veitt er, telur ESA að miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti sé megineinkenni hinnar umdeildu þjónustu fremur en að bjóða fram efni eða annars konar minni háttar eða tilfallandi þjónustuþætti. Hún verði því að teljast rafræn fjarskiptaþjónusta þar sem ofangreind þrjú grundvallar atriði séu fyrir hendi.

---

<sup>5</sup> Vísað er til máls *Humbel and Edel*, 263/86, EU:C:1988:451, 17. og 18. mgr.

<sup>6</sup> Vísað er til máls *Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209, 28. og 29. mgr. og dómaframkvæmdar sem þar er vísað til.

<sup>7</sup> Vísað er til máls *Jundt*, C-281/06, EU:C:2007:816, 29. mgr.

<sup>8</sup> Vísað er til máls *UPC DTH*, C-475/12, EU:C:2014:285, 43. og 44. mgr.

Hugtakið „almennt fjarskiptanet“

44. ESA telur að kjarninn í mati á því hvort almennt fjarskiptanet sé til staðar, sé hvort rafrænt fjarskiptanet sé aðallega notað til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem sé opin almenningi og mikill og mögulega ótiltekinn fjöldi notenda geti tengst.

45. Þótt hin umdeilda þjónusta sé einungis gerð aðgengileg viðskiptavinum stefnanda þýðir það ekki að hún sé óaðgengileg almenningi, að mati ESA, þar sem allir geti gerst viðskiptavinir stefnanda. Gera verði greinarmun á þessu og því þegar um lokaðan hóp sé að ræða, til dæmis starfsmenn fyrirtækis eða íbúa byggingar. ESA telur því að þjónusta á borð við þá sem deilt sé um í málinu sem rekið sé fyrir landsdómstólnum verði að flokkast sem almennt fjarskiptanet þrátt fyrir að hún sé aðeins aðgengileg viðskiptavinum stefnanda.

46. Samkvæmt framansögðu leggur ESA til að dómstóllinn svari spurningunum með eftirfarandi hætti:

- 1. Ákvæði a-liðar 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu, ber að skýra með þeim hætti að hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ nái yfir miðlun merkja á borð við smáskilaboðþjónustu „Mínar síður“, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda sem tengist vefþjóni á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis í gegnum vafra yfir almenna internetið og inn í „PHP script“ hugbúnað á vefsvæði sama fjarskiptafyrirtækis, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og miðlar áfram af vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins yfir í SMS-miðlara í fjarskiptakerfi þess, sem síðan miðlar þeim áfram um farsímanetið til símanúmers móttakanda, að því gefnu að búnaðurinn og hugbúnaðurinn séu nauðsynleg til að miðla merkjum sendandans í tæki móttakandans.*
- 2. Ákvæði c-liðar 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB ber að skýra með þeim hætti að hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nái yfir þjónustu eins og smáskilaboðþjónustu á „Mínar síður“, óháð því hvort gjald sé innheimt fyrir slíka þjónustu, að því gefnu að þjónustan sé veitt í atvinnuskyni og felist að mestu leyti, eða öllu, í miðlun merkja frekar en efni.*
- 3. Ákvæði d-liðar 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB ber að skýra með þeim hætti að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ nái yfir rafræna fjarskiptaþjónustu á borð við smáskilaboðþjónustu á „Mínar síður“ óháð því hvort hún sé aðeins aðgengileg áskrifendum tiltekins fjarskiptafyrirtækis, að því gefnu að hún teljist rafræn fjarskiptaþjónusta sem opin sé almenningi og mikill, mögulega ótiltekinn fjöldi notenda geti tengst.*

### *Framkvæmdastjórnin*

47. Framkvæmdastjórnin bendir á að hugtökin sem á reyni í málinu taki til nets og þjónustu, en ekki geymslu og vistun upplýsinga sem miðlað sé með slíku neti eða slíkri þjónustu. Greining framkvæmdastjórnarinnar sé sett fram með fyrirvara um gildissvið 2002/58/EB, sérstaklega um skyldur fyrirtækis varðandi geymslu og vistun fjarskipta.

#### Hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“

48. Framkvæmdastjórnin bendir á að skilgreiningin á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ snúist aðallega um sendikerfi og annan búnað sem notaður er til að senda merki. Miðlun merkja, á hinn bóginn, sé þjónusta sem veitt sé með notkun nets, en sé ekki sjálft netið.

49. Framkvæmdastjórnin telur að líta beri á hugbúnaðinn sem notaður sé til miðlunar merkja sem hluta hins rafræna fjarskiptakerfis. Slíkur hugbúnaður kunni að uppfylla skilyrði til að teljast „skiptistöð eða beinir“ netsins. Vegna tækniþróunar sé skiptingu ekki lengur handstýrt, heldur stýrt með hugbúnaði. Nútímanet séu ekki starfrækt án hugbúnaðar og sé hann því orðinn hluti af netinu. Hugbúnaður geti einnig talist „annað úrræði“. Framkvæmdastjórnin bendir jafnframt á að samkvæmt 12. gr. tilskipunar 2002/19/EB,<sup>9</sup> geti aðgangur að rafrænum fjarskiptanetum einnig tekið til „aðgangs að viðeigandi hugbúnaðarkerfum“.

50. Framkvæmdastjórnin heldur því fram að kerfið sem um ræðir í fyrirbyggjandi máli leyfi miðlun merkja fyrir upphaf og lúkningu sendingar smáskilaboða og fjarskipti við miðlara sem geymir skilaboðin. Umrætt sendikerfi sé því rafrænt fjarskiptanet.

#### Hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“

51. Framkvæmdastjórnin telur hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ rúmt og margþætt. Fyrsta skilyrðið sé að þjónustan sé að jafnaði veitt gegn þóknun. Þjónustan, sem lýst sé í álitsbeiðninni, sé að jafnaði veitt gegn þóknun. Þótt stefnandi hafi ekki tekið gjald af áskrifendum sínum fyrir sendingu skilaboða af „Mínar síður“ þýði það ekki að stefnandi hafi ekki fengið þóknun. Þóknunin geti fengist með óbeinum hætti, til dæmis í formi auglýsinga á vefsvæðinu.<sup>10</sup> Enn fremur sé ekki hægt að útiloka að veitandi þjónustunnar nái útlögðum kostnaði af veitingu þjónustunnar aftur í gegnum gjöld sem lögð séu á áskrifendur vegna annarrar þjónustu.

---

<sup>9</sup> Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/19/EB frá 7. mars 2002 um aðgang að rafrænum fjarskiptanetum og samtengingu þeirra og tilheyrandi aðstöðu (tilskipun um aðgang) (Stjtíð. ESB 2002 L 108, bls. 7 og EES-viðbætir 2006, nr. 30, bls. 230).

<sup>10</sup> Vísað er til máls *Bond van Adverteerders*, 352/85, EU:C:1988:196, 16. mgr.

52. Í öðru lagi, varðandi það skilyrði að merkjum sé miðlað, bendir framkvæmdastjórnin á að þjónustan sem hér sé til skoðunar feli í sér sendingu smáskilaboða frá tölvu í gegnum vefsvæði þjónustuveitanda í númer sem fengið sé úr miðlægum gagnagrunni símanúmera. Þjónustan feli í sér flutning upplýsinga milli tveggja nettengipunkta og tryggi fjarskipti milli sendanda og móttakanda. Veitandi þjónustunnar stýri miðlun samskiptanna, þar sem hann beri ábyrgð á því að smáskilaboðin skili sér á áfangastað. Veitandinn verði að sjá um flutning / lúkningu þjónustunnar að fullu eða veita þá þjónustu á eigin neti svo smáskilaboðunum sé miðlað á áfangastað. Hvort veitandi þjónustunnar eigi netið eða ekki skipti hins vegar ekki máli þegar metið sé hvort þjónusta feli í sér miðlun merkja.<sup>11</sup>

53. Framkvæmdastjórnin telur, í þriðja lagi, að þjónustan sem um ræðir feli ekki í sér að boðið sé upp á það efni sem senda á, eða ritstjórn á því. Veitandinn leggur ekki til efni smáskilaboðanna heldur aðeins aðferðina sem geri sendingu þeirra mögulega. Framkvæmdastjórnin telur því að sending smáskilaboða frá tölvu í númer sem fengið sé úr miðlægum gagnagrunni símanúmera teljist rafræn fjarskiptaþjónusta.

Hugtakið „almennt fjarskiptanet“

54. Framkvæmdastjórnin telur að taka verði tillit til þess hvort hin rafræna fjarskiptaþjónusta sé gerð öllum aðgengileg þegar meta skal hvort um almenna fjarskiptaþjónustu sé að ræða. Framkvæmdastjórnin telur takmörkun hinnar umdeildu þjónustu við áskrifendur ekki breyta þeirri staðreynd að þjónustan hafi verið gerð almenningi aðgengileg. Allir geti gerst áskrifendur að þjónustu stefnanda og hljóta þannig aðgang að þjónustunni hvenær sem er. Því beri að telja að rafræna fjarskiptaþjónustan sé almennt fjarskiptanet.

55. Framkvæmdastjórnin leggur til að dómurinn svari spurningunum sem beint var til hans með eftirfarandi hætti:

1. *Skýra má a-lið 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/21/EB frá 7. mars 2002, um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun), þannig að hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ nái yfir sendikerfi og önnur úrræði sem notuð eru til miðlunar merkja sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda sem tengist vefþjóni „Mínar síður“ á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis í gegnum vefskoðara, yfir almenna internetið og inn í „PHP script“ hugbúnaðinn á vefsvæði sama fjarskiptafyrirtækis, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og miðlar áfram af vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins yfir í SMS-miðlara (SMSC) í fjarskiptakerfi þess sem síðan miðlar þeim áfram um farsímanetið til símanúmers móttakanda.*

---

<sup>11</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *UPC DTH*, 43. mgr.

2. *Skýra má c-lið 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB þannig að hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nái yfir þjónustu sem felst í þeirri miðlun merkja sem á sér stað á rafrænu fjarskiptaneti, eins og lýst er í svari við spurningu nr. 1, þegar i) gjald er innheimt fyrir slíka þjónustu og ii) þegar gjald er ekki innheimt fyrir slíka þjónustu.*
  
3. *Skýra má d-lið 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB þannig að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ nái yfir þá rafrænu fjarskiptaþjónustu, sem lýst er í svari við spurningu nr. 2, og veitt er á rafrænu fjarskiptaneti, eins og lýst er í svari við spurningu nr. 1, og hvort sem hún er i) opin almennungi, eða ii) eingöngu opin öllum áskrifendum fjarskiptafyrirtækis.*

Per Christiansen  
Framsögumaður